

《論 説》

訴訟信託に関する一考察（1）

富 田 仁

1. 序説
2. 訴訟信託の制度趣旨
 - （1）立法者の見解
 - （2）学説の展開
3. 隣接制度との関係
 - （1）弁護士法
 - （2）民事訴訟法（以上、本号）

1. 序説

平成19年9月に施行された現行信託法（以下、現行法と記す）は、旧信託法（以下、旧法と記す）を全面的に見直し、社会・経済情勢に的確に対応することを目的に成立した⁽¹⁾。この改正では、多様なニーズに応えるべく、受託者の義務の合理化や、担保権信託、自己信託、受益証券発行信託、限定責任信託等、新たな類型の信託の制度が創設された。しかしながら、本稿でとり上げる訴訟信託に関しては、旧法では11条に定められ、現行法では10条にその規定を見ることができるけれども、そこでは現代語化はなされたものの、条文の内容は旧態依然である⁽²⁾。

さて、訴訟信託制度とは、現行法10条で、「信託は、訴訟行為をさせ

ることを主たる目的としてすることができない」と定義されており、訴訟行為を主たる目的として信託を利用することを禁止する制度である。訴訟信託の適否が争われる典型的なものとしては、取立てを目的する債権譲渡、隠れた取立委任裏書等に見ることができる。例えば、信託の法形式を利用し、債権者(委託者)が第三者(受託者)に対して債権の譲渡をし、その債権の譲受人である受託者が、信託財産として債権の管理処分に関する事務処理を行うのではなく、債権の取立目的で事務処理を行う場合である。

このような、債権に基づいてなされる受託者の取立行為を、訴訟信託として禁止する根拠には、弁護士代理の原則を回避し得る等の弊害をあげられ得る。もっとも、訴訟信託のみならず、通常の信託において受託者は、信託財産の事務処理に関連し、訴訟を提起する場合があります、このような場合は、受託者の事務処理上の訴訟行為として、訴訟行為を主たる目的とする信託には該当しないとされる。

判例に現れる典型的な形態としては、債権の回収が難しくなった債権等について、それを譲り受けた者(受託者)、あるいはそのような債権をさらに第三者(受託者)に譲り渡すことで、譲受人(受託者)もしくは第三者(受託者)により、債権の権利行使として債務者や保証人等を相手にして、訴訟行為を行わせる場合である。そこでは、その譲受人(受託者)や第三者(受託者)は、多くの収益を上げることができることから、いわゆる事件屋等と呼ばれる、それを生業として訴訟行為を行う者の実態を看取できるのである(もっとも、後者の例では、回収した収益は、債権を譲り渡した者に多くの収益が帰属することになる)。

訴訟信託に関連する判例は、信託法の各条文に関するものと比べて極めて多いけれども、その旧法11条・現行法10条は非常に簡潔な内容であり、またその適用対象も広範囲であることから、訴訟信託の適否を判断する際の基準を明確にするには、判例の動向を探ることが重要となる。このため、学説では、訴訟信託に関する継続的な判例の分析が少なから

ず行われて来たのであり、その功績により訴訟信託の適否についての一定の判断要素が認識されるに至っている。そこでは、同条の「主たる目的」と信託財産の管理処分において必要とされる受託者の付随的な訴訟行為を分けるための判断基準や、一般的な債権譲渡と訴訟信託との判断基準等について、判例の動向を踏まえた、詳細な研究の蓄積を見ることができる。

他方で、こうした学説の展開には、時代的背景の影響も見逃すことができない。すなわち、訴訟信託制度の趣旨について、判例には、健訟の弊の防止にあると判断するものがある一方で(東京地裁大正14年11月6日判決(法律学説判例評論14巻諸法427頁))、学説では古くから、立法者の見解や民事訴訟法、弁護士法等の他の法律の動向を踏まえた議論が活発になされて来たのであり、とりわけ戦後の憲法の改正や社会的な背景は、訴訟信託禁止の制度趣旨を考える上で、学説に多くの影響を与えたといえよう。

このように訴訟信託に関する議論は、古くから存するのであり、そこには判例を踏まえた多彩な学説の展開を見ることができるけれども、訴訟信託に関する解釈上の問題は未だ解決に至っていないとはいえない。上で挙げた制度趣旨のみならず、そもそも訴訟信託も信託であるから、委託者から受託者への財産の移転があり、それに伴い受託者は信託目的に従い、信託財産の管理処分を行うことになるけれども、上であげた訴訟信託と見られる債権譲渡や隠れた取立委任裏書が、そもそも信託法上の信託と認定し得る要件を具備しているのかという疑問もある⁽³⁾。また、適用要件とされる「主たる目的」を構成するための認定の要素や、「訴訟行為」の範囲等の問題については、近年では個別的な判例研究はあるものの、判例の動向を踏まえた総合的研究はほとんどなされていないように見受けられる。

訴訟信託制度については、民事訴訟法上の任意的訴訟担当制度等や商法上の隠れた取立委任裏書制度等、関係する各分野からの検討がなされて

いるけれども、本稿では、上記の問題を念頭にしながら、主に信託法からのアプローチに基づき、これまでの学説の展開を概観整理し、近年の判例を中心とした検討を試みることにする。すなわち、以下では、まず制度趣旨について、旧法と現行法上の議論の展開を概観し、つぎに訴訟信託制度と関連づけられる弁護士法・民事訴訟法との関係性を分析することにしたい。その後、前後するが、現行法の立法過程の議論と訴訟信託の適用要件に関する判例学説の動向を整理分析し、これを受けて、近年の訴訟信託に関する判例の検討を試みたい。最後に、私見を述べることにする。なお、訴訟信託制度に関する総合的な判例の研究は、大阪谷公雄博士、田中実博士、桜田勝義博士によって、継続的に行われて来た。しかしながら、田中博士による平成3年までの判例研究以降は継続的な研究は見受けられない。本稿では、大阪谷博士、田中博士、桜田博士の判例研究を参考にしながら、田中博士が取り上げなかった平成元年以降の判例を可能な限り取り上げ、訴訟信託に関する判例の検討をしたいと思う。

2. 訴訟信託禁止の制度趣旨

訴訟信託の規定は、大正7年8月～9月における旧法の第一期信託法草案では、信託法がそもそも信託会社の監督取締等に重点を置く目的であったために、そこには見られないのであるが、同年10月～11月の第二期信託法草案においては、財産の隠匿や他人の権利侵害行為を抑制するといったところに視点が向けられた結果、設定者に対して規制を加える方針を採用することになり、新たに訴訟信託禁止の規定が加えられるたという変遷がある⁽⁴⁾。その制度趣旨は、「三百退場健訟の弊」とされており、実際に信託会社による訴訟事件の代理行為等によって、弊害がもたらされていたという事情があったようである⁽⁵⁾。例えば、第1次世界大戦ごろまでは、とりわけ農業を主体とする東北地方の各県で、不況下に高利貸しが横行し、借手である中小の農家に対する債権取立てのため

に信託会社が設立され、これを隠れ蓑にするといった、信託会社の利用の実態があり、また、同時期、大規模優良信託会社を除き、都市部における信託会社は、庶民の金融機関から小銀行としての地位に移行しつつある過程であったけれども、その実質は高利貸しであったということからも、信託会社を利用した訴訟信託による社会的弊害が生じていたと見受けられるのである⁽⁶⁾。

したがって、旧法草案段階当初から、信託会社のみならず信託を冠する業者等によって、訴訟行為を主たる目的とする信託がなされる弊害が生じていたという社会的事情があったのであり、こうした社会的背景によって、旧法に訴訟信託の規定を置かざるを得なかったということが推測され得る。しかしながら、旧法制定後においても、事件屋や利権屋などと呼ばれる非弁護士もしくは弁護士が訴訟行為により不当な利益を得ようとする目的で、訴訟行為を行うといったケースが多数あり、訴訟信託に関する判例の数は、信託法関係の判例の中でかなりの割合を占めるものと思われる。そして、訴訟信託禁止の規定において、学説上最も議論の対象となるものが、その制度趣旨の問題である。旧法11条および現行法10条の制度趣旨については、条文上の「訴訟行為」および「主たる目的」の範囲の問題と絡んで、多彩な学説の展開を見ることができる。

先述したとおり、現行法10条は旧法11条と同様の内容を維持している。すでに、旧法の立法過程および制度趣旨に関する研究は、少なからず論文等において取り上げられてはいるけれども、訴訟信託を検討する上では避けてはとおれないものといえよう。したがって、まず、ここでは改めて制度趣旨について、旧法の立法者の見解とその後の学説の展開を現行法の議論も踏まえながら概観整理したいと思う⁽⁷⁾。

(1) 立法者の見解

立法者である池田寅二郎博士は、旧法における立法過程の各委員会において、その制度趣旨について、以下のような発言をしている⁽⁸⁾。

すなわち、大正11年3月4日の衆議院信託法案等に関する委員会で、鈴木富士彌委員による、取立のための債権譲渡は訴訟行為まで行わなければ目的を達成できないことが多いため、訴訟信託はそれを禁止するという趣旨なのかという質問に対して、当時司法省民事局長であった池田博士は、訴訟信託は、「謂ハバ脱法的信託ヲ保護セナイト云フ考カラ出マシタモノデアリマシテ」、「民事訴訟法ノ規定ニ依リマスレバ、訴訟代〈理〉人トナツテ、裁判所ニ於キマシテ、手続ヲ致シマスニ付テハ、相当ノ制限ガアルノデアリマス、ソレヲ潜ツテ訴訟行為ヲヤルト云フ事ヲ主タル目的ト云フコトニ書キマシタノハ、ソコニ意味ガアルノデアリマス、全ク訴訟ヲヤル目的デ其権利ヲ移スト云フコトニ、餘程重ミヲ置イテイル積リデアリマス、一方ニ於テ係争ノ風ヲ助長シ、一方ニ於テ只今申シタ民訴ノ規定ヲ潜ルト云フ事ニナツテ、面白クナイカラ是ハ許サヌ、併シナガラ只今仰セノ通り完全ニ権利ヲ取立テル為ニ信託ヲスルト云フコトハ、是ハ最モ能ク行ハレテ然ルベキ事デアリマス、其結果其権利行使ノ方法トシテ或ハ普通ノ民法上ノ手続ヲスル、ソレデ目的ヲ達セザル場合ニ於テ訴訟スルト云フノハ、毫モ差支ナイノデアリマス」と答えている。

また、大正11年3月22日の貴族院信託法案等に関する委員会での菅原通敬委員による、債権取立は訴訟になることが多いが、そのようなものを意味するものではないというようなことを説明をしているようであるけれども、訴訟行為を主たる目的とする信託とは、想像がつかないのであるが、どのような場合を想像するのか、という質問に対して、池田博士は「民事訴訟法百二十七条ニ依リマスレバ、裁判所デ差止メル途ヲ開イテ居リマス、所ガソレガ代人デアル場合ハ、差止メル途ガアリマスガ、自分ガ権利者デアル、自分ガ原告デアリトスルト云フコトデ出頭シタ場合ハ、是ハ如何ニ三百デモ差止メルコトハ出来ナイコトニナリマス、所ガ此信託法ノ途ガ開カレマスレバ、自分ガ財産ノ取得者デアリマシテ権利者デ之ヲ自分名義ノ権利デ之ヲ訴訟ニ依テ主張スルト云フコトニナレバ、止メヨウガナイト云フコトニナリマス、ソレデアリマスカラ、訴

訟ト云フコトヲ目的トシテ信託ヲヤルト云フコトガ起ツテハ、一般ニ健訟ノ風ヲ助長スルノミナラズ、三百ノヤウナ者ガ代人トナツテ、此規定ノ裏ヲ潜ルト云フコトニナリマスカラ、故ニ『訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ為スコトヲ得ス』ト云フ規定ヲ致シタ次第デアリマス」、と答弁される⁽⁹⁾。

上記、両委員会での池田博士による説明では、訴訟信託を脱法信託であると解して、信託の形式を使い訴訟行為を行うと、民事訴訟法の訴訟代理の制限を回避し得ることになるから、設定された信託の主たる目的が訴訟行為である場合を禁止するのでであると述べられる。その訴訟信託禁止の判断については、「全ク訴訟ヲヤル目的」という点を重視すると指摘していることから、受託者による事務処理上の付随的な訴訟行為は含まれないと解されよう。このような訴訟信託制度による制限を設けなければ、「係争ノ風ヲ助長シ」あるいは「健訟ノ風ヲ助長スル」ことになり、また三百等により民事訴訟法の規定の制限を回避することに繋がると説くのであって、あくまで訴訟行為を主たる目的にした信託の利用を禁止するということに焦点をあてていたといえよう。このように、池田博士により説かれる旧法11条の趣旨は、健訟の弊の防止、および三百等による民事訴訟法127条(明治23年成立、同24年施行)の脱法の防止にあったといえることができる。

なお、ここでは、主たる目的とした訴訟行為と受託者の事務処理上の付随的な訴訟行為について、大まかな線引きはされているものの、具体的に区分する判断基準は示されておらず、また訴訟行為の範囲等についての議論は、上記の両委員会等では見受けられない。

(2) 学説の展開

立法過程における池田博士の上記発言の核心は、信託会社あるいは信託を関する業者、また三百代言等により、信託の形式を利用し、民事訴

訟法の訴訟代理の制限を回避するといった問題を防止する目的に向けられていたと理解することができよう。しかしながら、このような池田博士の見解に対して、その後の学説はどのような主張を展開したのか疑問が生じよう。

旧法11条および現行法10条の制度趣旨に関する学説は、これまで何度か論文等で取り上げられているが、訴訟信託禁止の制度を検討する上で必要であることから、ここで改めて訴訟信託の制度趣旨に関するこれまでの主な学説を簡単に見ることにしたい。

①遊佐慶夫博士は⁽¹⁰⁾、訴訟信託禁止の制度趣旨を、「人ノ爭議ヲ好ンデ引受ケル様ナ、所謂「三百」ヲ防グ為メノ規定デアル。」と述べる。しかし、このように「立法ノ趣旨ハ既ニ明白デアルガ、斯カル規定ハ其運用ガ困難デアロウ。稍モスレバ空文ニ終ルカ、濫用サレ易イ規定デアル。」と、評価する。

この見解は、「三百」による健訟の弊を防止する趣旨であると見受けられるのであり、おそらく「三百」による信託形式の利用によった民事訴訟法(明治23年)の適用の回避を防止することに、趣旨を置いていると推測され得るのであるけれども、「三百」に限定する点が特徴的な見解といえる。また、訴訟信託制度について、裁判所による運用上の問題点を指摘される。

②青木徹二博士は⁽¹¹⁾、「民事訴訟法ニ依レハ原告又ハ被告自ラ訴訟ヲ為ササルトキハ弁護士ヲ以テ訴訟代理人ト為スヘキモノトス(同法六三條一項)是レ訴訟当事者ヲシテ通俗ニ所謂三百代言ナル訴訟業者ノ毒牙ニ罹ラシメサル為ノ取締規定ニ外ナラス」と述べるも、「弁護士ノ在ラサル場合ニ於テハ」、「親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト為スヲ許サレ」、また「区裁判所ニ於テハ訴訟事件ガ小事件ナルヲ以テ弁護士ノ在ルトキト雖モ親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト為スヲ許サル(同條二項前段三項)」、しかし、「親族若クハ雇人モナキトキハ他ノ者訴訟代理人ト為スヲ得ヘシ(同條二項後段)」と、されていたと指摘される。また、「自己

ヲ補助セシムル目的ヲ以テ他人ヲ輔佐人ト為シテ之ト共ニ裁判所ニ出頭スルトキ弁護士以外ノ者ヲ輔佐人ト為スニハ裁判所ノ許可ヲ要シ」、「其許可ハ何時ニテモ取消サルヘシ(同法七一條一項)」とされ、「裁判所ハ弁護士ニ非スシテ裁判所ニ於テ弁論ヲ業トスル訴訟代理人若クハ輔佐人ヲ退斥セシムル権ヲ與ヘラル(同法一二七條二項前段四項)」と、三百等に対する民事訴訟法上の備えを説明し、「民事訴訟法ハスクシテ三百代言ノ跋扈を防クニ汲々タルナリ」と、その現状を述べられる。「然ルニ今或財産カ訴訟ノ目的タラントスル場合ニ於テ弁護士以外ノ者ヲシテ訴訟ノ衝ニ当ラシメムト欲スル者ハ信託ノ形式ヲ通シテ其ノ目的ヲ達スルヲ得ヘシ即チ係争財産ヲ訴訟業者ニ信託シ其受託者ヲシテ訴訟当事者本人トシテ訴訟ヲ為サシメ勝訴又ハ敗訴ノ場合ノ取極ヲ為シ置ケハ以テ訴訟代理ノ実ヲ挙クルヲ得ヘシスクノ如キハ弁護士ヲ以テ訴訟代理人ト為ス事ヲ期スル法律ヲ潜脱スルモノニ外ナラス故ニ受託者ヲシテ訴訟行為ヲ為サシムル目的ヲ以テ財産ヲ信託スル事ハ之ヲ禁スル必要アリ」と、旧法11条の制度趣旨を説明される。

③三淵忠彦氏は⁽¹²⁾、「弁護士に非ずして法律事務を取扱ふことを営業として居る者がある。種々なる弊害を醸成して、これが為めに迷惑を蒙る人は尠くない。民事訴訟法第一二七條第二項に依ればかゝる者が当事者の代理人若は輔佐人として民事法廷に出頭したときは、裁判所はその者を退斥せしめることを得る。併かしそれ等の者が代理人にも非ず、輔佐人にも非ず、本人自身として出頭するときは、裁判所は如何とも致方がない。そこで弁護士に非ずして法律事務を取扱ふことを業とする者が、他人の財産権の信託譲渡を受けて、自ら本人として法廷に出頭して、訴訟行為を為することが尠くない。」。したがって、「信託法は、本條を設けて、信託は訴訟行為を為さしめることを主たる目的としてこれを為すことを得ずと為して、訴訟目的の信託を無効としたのである。」と、説かれる。

②では、当時の民事訴訟法では、原則として、弁護士を訴訟代理人と

するように定められていたけれども、弁護士不足や、非弁護士の費用が弁護士の費用より割安であったため、非弁護士は市民による一定の支持を得ていたという背景があったことから、非弁護士による弁護士活動が例外的に認められていたという事情を述べられる。また、民事訴訟法は、三百等への対応として、補佐人や訴訟代理人に対して、裁判所に許可や退斥を命じる権限を与えていたけれども、信託形式を利用して、非弁護士が訴訟行為を行うことで、これを潜脱する場面が生じ得ることになるといった、その欠陥を指摘される。したがって、②③では旧法11条は、この欠陥を補う趣旨があると主張される。このことから、②③は制度趣旨を、信託形式を利用した非弁護士の跳梁の防止であると指摘されるのである。とりわけ、②においては、三百等の跋扈跳梁がはげしく、その排除に苦慮していたという時代背景を読み取ることができよう。他方で、民事訴訟法127条が業をなす者と規定をしていることから、②③ともに、三百等の属性を業もしくは営業をなす者と限定的に見ているようである。また、三百等による弊害を、裁判上の弊害に限定しているようでもある。

④入江真太郎博士は⁽¹³⁾、「健訟ノ弊濫訴ノ害ヲ生ズルノミナラズ、民事訴訟法79条1項ニ依リ「法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人ノ外弁護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得ス」トノ規定ヲ回避スルモノナレバナリ。」という。

この見解は、非弁護士の跳梁防止および健訟の弊の防止を主張するほか、新たに濫訴の弊の防止を主張するものである。なお、この当時民事訴訟法の全面改正により、三百代言対策であるとされる同法127条(明治23年)は削除され、訴訟代理の原則を定める同法63条(明治23年)は、改正された同法79条(大正15年改正、法61号、昭和4年施行)に引き継がれる(なお、現行法54条1項(平成8年改正、法律第109号、平成10年施行)は、大正15年改正の同法79条を引き継ぐ)。この大正15年の民事訴訟法の改正により、127条(明治23年)に基づく三百代言といった非弁

護士による訴訟行為等の対策については、改正後の民事訴訟法79条がその1項で、弁護士代理の原則を定めるとともに、2項で裁判所による訴訟代理人の許可の取消しを規定し、また同法88条はその1項で、補佐人が当事者または訴訟代理人とともに出頭することを許可するが、2項でその許可の取消しを定めることで、127条(明治23年)による対策効果が両規定により生じているとして、これにより同条は消滅することになったとされる。⁽¹⁴⁾

⑤岩田新博士⁽¹⁵⁾は、「本條は実体上の権利を與ふる意思なくして、單に形式上の手続を行わしむるためにのみ、信託を為すこと禁じたものと、解すべきである。」と指摘し、「当事者の意思が訴訟行為を為さしむることを、主要なる目的と為し、実体上の権利は其の結果、又は手段として、與へらるるに過ぎない場合には、之を無効とする趣旨である。」と述べられる。

⑤は、讓渡人の権利讓渡の意思表示は虚偽の意思表示であり、その真意は訴訟行為を「主たる目的」とするものであると説明される。したがって、信託法は、このような訴訟行為を行うための形式的な権利移転を訴訟信託として禁止したのであると主張される。すなわち、この見解は、旧法11条を民法94条の特則と見て、意思の不存在によって訴訟信託は禁止されると説くけれども、そうすると他益信託型の訴訟信託は想定していないように思われる。

⑥永井壽吉氏は⁽¹⁶⁾、制度趣旨を、「弁護士に非ずして法律事務を取扱ふことを業として居る者が、徒に信託の名を籍り民事訴訟法七十九條一項」の「規定を回避し、当事者として法廷に出頭し訴訟行為を為し健全なる訴訟の進行を妨ぐると共に、「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」第二條に規定する権利讓受業禁止の規定を潜脱し正しき権利の実行を害する等の弊害を生ずるからである。」と見ている。なお、旧法11条と「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」2条(現行弁護士法73条)との関係について、以下のような指摘をされる。すなわち、「(イ)信託の場合に於いては受

託者は委託者に対し信託事務即ち其の財産の管理処分を為すべき義務を負ふに反し、法律事務取扱の場合に於ける譲受人は斯かる義務を負ふものではない。(ロ) 信託の場合に於いては訴訟行為を為さしむることを主たる目的として為されるものであるが、法律事務取扱の場合に於いては訴訟行為を為すことを主たる目的と為すと否とは之を問はない。(ハ) 信託の場合に於いては之を業となすと否とは之を問ふところではないが、法律事務取扱の場合に於いては之を業と為すことを要する。(ニ) 信託の場合に於いては斯かる行為は無効と為るのみで取へて処罰を受けることはないが、法律事務取扱の場合に於いては其の行為は無効と為るばかりでなく一年以下の禁固又は千円以下の罰金に処せられる。」と述べられる。

この見解は、民事訴訟法の規定の回避のみならず、当時成立した「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」2条を回避する非弁護士の跳梁を防止する趣旨であると主張される。なお、同法2条の趣旨は、非弁護士による訴訟の誘発および紛議の助長、同法第1条の禁止行為を潜脱することの防止にあるとされ、すなわち濫訴の弊の防止にあるとされる⁽¹⁷⁾。上記②～④の見解は、非弁護士の法廷における活動を中心に論じるものであるけれども、この見解は法廷外の活動をも対象としている点に特徴がある。また、民事訴訟法79条1項(大正15年)および「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」は、対象を「業」をなす者に限定しているが、旧法11条はそのような限定がないゆえに、訴訟行為を主たる目的とした者すべてに對して適用されることを指摘される。なお、旧法11条と「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」2条には、権利の移転という共通点が見受けられる。

⑦大阪谷公雄博士は⁽¹⁸⁾、「信託法が訴訟信託を禁止する理由は」、「かかる行為が公序良俗に反するが故であると」し、その具体的根拠として、「非弁護士の訴訟代理人たることを禁ずる規定を回避せしめ得る結果となる」という点は、訴訟信託の受託者が自ら訴訟をなすことなく、弁護士を訴

訟代理人となす場合には信託法一一條違反とならないとの結論に達するが、信託法一一條は非弁護士の法廷活動のみを防ぐのではなく、「ひろく健訟の弊を防ぐという点に意味を持つと解すべき」であると説くのである。すなわち、「非弁護士が債権の訴訟信託を受けて弁護士を代理人として訴訟をなさしめた場合も、依然、信託法一一條違反なりとする判例があるのは、訴訟信託が非弁護士の法廷活動を阻止するだけの理由でないことを示す」と、指摘される。

この見解は、訴訟信託を禁止する根拠を、公序良俗違反に求める点に特徴がある。すなわち、非弁護士の法廷および法廷外の活動による濫訴・健訟の弊を惹起する行為は、公序良俗違反を構成するという主張である。こうした趣旨から、訴訟行為を主な目的として信託がなされたとしても、濫訴・健訟の弊の惹起のおそれがない場合には、公序良俗違反が認められないのであるから、旧法11条の適用はないということになる。また、このように公序良俗違反の有無を判断基準に置くことから、当該行為が訴訟信託にあたる場合、信託行為自体も無効になるということを念頭に置いているようである⁽¹⁹⁾。

⑧田中実博士は⁽²⁰⁾、「訴訟信託の禁止が「三百」の跳梁を防壓するためだ」という説明は、おそらく問題の一面しかみていない」とし、「「三百」の排斥ということのみに拘泥するならば、けつきよく信託法一一條は、弁護士代理の原則を定める民訴法七九條の趣旨を改めて確認しただけにとどまることになり、訴訟信託禁止の法理の独自性と意義とは、事実上ほとんど採るに足らぬものに堕してしまう」と指摘する。また、「濫訴ないし健訟の弊を防止することにあるということにいたっては、全く理解に苦しむところである。」とし、「裁判をうける権利が憲法により国民の基本的人権として保障されているかぎり(憲法三二條)、紛争の当事者が、紛争解決のために裁判所に訴訟を提起することは」、「当事者の自由であるべきで」あり、「濫訴・健訟にたいする評価も」、「それが歓迎すべき現象でないことは変らないとしても、少なくとも、社会的悪弊として

法的禁止の対象になるものとは考えられない。」と説明される⁽²¹⁾。判例を通して、「(1)他人のあいだの紛争に介入する手段として債権その他の権利の信託的譲渡がなされていること」、「(2)社会観念上不当な利益を得ることを目的としていること、または合理的な権利行使の過程を通じて、実は故意に他人に損害を與えることを目的としていること」、「(3)裁判・調停・強制執行その他、国家の司法的機能を利用すること」、という3つの特徴をあげて、「信託という形式をかりて他人のあいだの紛争に介入し、合法的な権利主張という法のカラクリを利用し、しかも裁判所その他の国家機関を通じて社会観念上不当な利益を貪ろうとするところに、強度の反公序良俗性が發現するのであり、法はとうていこれを容認しえないとして、訴訟信託の禁止を宣言した」と、主張される。

⑧の主張の特徴は、旧法11条の趣旨を、三百跳梁の防止に求める主張に対しては否定的であり、のみならず立法者や従来 of 学説が主張していた濫訴・健訟の弊の防止については否定する点にある。とりわけ、後者を否定する根拠については、上で述べたように、旧法の立法当時の事情とは異なる、戦後の新憲法の成立およびその後の時代背景や社会的情勢の影響が大きい。また、この見解では、⑦と同様に、反公序良俗性の如何により、訴訟信託は判断されるとしつつ、⑦とは異なり、国家機関を通して信託形式を利用した不当な利益の取得という点を強調される。さらに、訴訟を主たる目的にした信託でも、反公序良俗性が認められないのであれば、旧法11条の適用は否定されるという点も、⑦と同様であると思われる。もっとも、大阪谷博士は、⑧の見解は、三百(非弁護士)の活動による弊害が念頭にあるのであるから、実質はこれと同一であり、結局訴訟信託の反公序良俗性を非弁護士の活動禁止に求めていることに帰着すると指摘される⁽²²⁾。

⑨桜田勝義博士は⁽²³⁾、⑧の主張を念頭に、判例を通して、制度趣旨を主としては「信託形式を利用する経済上の財貨の移転を利用して、それに寄生して、裁判等の手続により、不当な利益をうる行為を禁止するも

の」と見られる結果、訴訟手続等の利用による反公序良俗性不当利益追求行為の禁止をあげ、また従として、紛争に介入して公序良俗違反の行為を行うものが主として非弁護士であることから、「非弁護士禁止の趣旨をも付随的に含む」として、非弁護士濫訴健訟の禁止といった、2つの趣旨を持つとする折衷的見解を説かれる。

⑨は、旧法11条について、客観的側面と主体的側面に分けて分析しているようである。客観的側面としては、⑧が主張する反公序良俗性の主張に同調するのであるけれども、主体的側面からは、そもそも紛争に介入して、公序良俗違反の行為を行うのは非弁護士であることから、それらの者による濫訴・健訟の弊を防止する趣旨であると見ているようである。この結果、前者を主な趣旨、後者を付随的な趣旨であると位置づけている。この主張は、自ら分析された判例の動向からの見解ではあるけれども、付随的趣旨としての非弁護士による濫訴健訟の禁止については、裁判を受ける権利やそれによる権利の実現という点から、これを対象とすることはやや問題があると思われ、また⑨自身が正当と評価し、主な立法趣旨として自らも掲げる⑧の反公序良俗性の意義を考えると、非弁護士による濫訴健訟の行為は、この反公序良俗性に包含され得るのではなかろうか。

⑩四宮和夫博士は⁽²⁴⁾、「濫訴健訟の弊害の防止に求めることは、疑問」と指摘し、「国民が裁判を受ける権利を行使し、その他司法機関(広義)を通じて自己の権利の実現を図ることが、なぜ不当とされなければならないか、理解に苦しむ。」と述べられ、「他人の権利について訴訟行為をなすことが許されない場合に、それを「信託」の形式を用いて回避することを、禁止する趣旨」であると主張される。

この見解は、⑧や⑨とはやや異なる主張であると指摘できる。すなわち、これまで立法者および学説において主張されてきた濫訴健訟の弊の防止については、⑧に同調するけれども、⑧の核心である反公序良俗性を前面には出してはおらず、他人の権利について訴訟行為をなすことは

不当であるということを前提にしつつ、これを信託形式を利用して、回避するような脱法行為を禁止することに、その趣旨があると説くのである。したがって、かなり横断的な制度趣旨を主張されるのであり、弁護士法等との関係をどのように見るのか等の問題が指摘できよう。

⑪堀野出教授は⁽²⁵⁾、「弁護士代理の原則等の隣接制度とは制度間の関係を取りあえず切り離した制度趣旨を置くことを出発点とすべきであり、それを前提とすれば、譲受人に対しては、他人の訴訟事件に関与し不当に利益を追求することの防止、および、譲渡人に対するものとしては、濫訴の弊害の防止を趣旨として捉えるべき」である、と主張される。

これまでの主な学説が、民事訴訟法や弁護士法等を念頭に、訴訟信託の禁止の趣旨を統一的に把握しようとするものであったのに対して、⑪では他の制度との関係をあえて切り離して、信託関係当事者の主体的側面を重視することで、訴訟信託を把握しようとする新たな試みがなされている。

以上、訴訟信託禁止の制度趣旨に関する主な学説を年代順に紹介した。これを簡単にまとめると、池田博士により説かれた旧法11条の趣旨は、健訟の弊の防止、および三百等による民事訴訟法127条(明治23年)や同法63条(明治23年)の脱法の防止にあったのであり、これを受けて⑦までの学説が、表現は異なるところもあるけれども、概ね池田説に従っていたように見受けられる。当時は、悪質な信託会社等による訴訟の濫用が横行しており、そういった事情から、訴訟信託の制度趣旨をそれらの排除の目的に求めたということがいえるのであり、とりわけ濫訴・健訟の弊の防止に趣旨を置くことは、社会的効果が大きかったものと思われる。しかしながら、その後の民事訴訟法の弁護士代理の原則の創設や「法律事務取扱ノ取締に関する法律」の成立、とりわけ戦後の新憲法の成立や社会的な背景もあって、必然的に立法者の意思とは異なる主張が現れるに至った。すなわち、⑧以降では、改めて制度趣旨を問い直す主張の

展開が見られ、多彩な見解が現れたと評価しうるのであるけれども、現在においても統一的な見解は現れてはいない。しかしながら、このような学説の流れにあって、訴訟行為を主たる目的に信託を利用することが脱法行為に該当するという見方は、多くの学説の共通の認識であると指摘できよう。なお、⑧が指摘している通り、三百のみならず、濫訴・健訟の弊の防止という趣旨については、裁判を受ける権利(憲法32条)や権利行使の実現といった観点からは、安易にこれを否定することはできず、近年では賛同が得難いのではなかろうか⁽²⁶⁾。

ところで、訴訟信託の適否においては、当事者に訴訟を目的とする意思の存在が明確であれば、訴訟信託の禁止として、その意思は問題なく無効とされるのであるが、実際には当該意思は不明確なものであるから、それは客観的に判断されることになる。これを受けて、上の学説では、当事者の意思の解釈を客観的な基準により明らかにする必要性があることから、信託形式の利用された訴訟行為が、「主たる目的」によりなされたのか否かを判断するための材料として、それを脱法行為に基づく濫訴・健訟の弊に求め、または反公序良俗性等に求めるといった主張の展開が見られるのである。したがって、この判断基準が、制度趣旨と関連づけられて論じられているとの指摘もできるのである。すなわち、多くの学説は、訴訟信託禁止行為に抵触すると、当該禁止行為は脱法行為の存在を前提とするのであるから、強行規定違反により無効とするのであるけれども、その規定違反の根拠とされる「主たる目的」についての適用基準となる要素を、濫訴・健訟の弊や被弁護士・の跳梁に求めるもの(①②③④⑥)、これとは異なり、「主たる目的」によりなされた訴訟信託の内部構造を意思の不存在に求めるもの(⑤)、「主たる目的」を濫訴・健訟の弊により判断し、それが公序良俗違反になると構成するもの(⑦)、「主たる目的」を直接的に公序良俗性により判断するもの(⑧)、「主たる目的」を公序良俗性と被弁護士・の跳梁にに基づき判断するもの(⑨)、「主たる目的」を端的に脱法行為に求めるもの(⑩)、「主たる目的」について

譲受人には不当利益の追求、譲渡人には濫訴の弊に求めるもの^(⑪)、と
いうように、その適用基準となる要素を制度趣旨と絡めて論じていたと
いうことができる。

言い換えれば、学説は如何なる判断材料により、「主たる目的」を明確
にするかという点に着目し、制度趣旨を定義しているものと見られる。
このことから、「主たる目的」の内容については後述するが、訴訟信託の
適否については、如何なる判断材料により、あるいはどのような方法に
基づき、当事者の意思である「主たる目的」を明確にするかが、重要な問
題になると思われる。

以下、3では、訴訟信託禁止の適用範囲を明らかにすることを目的に、
訴訟信託制度と関連して論じられる弁護士法73条等や、民事訴訟法上の
弁護士代理の原則と任意的訴訟担当について、若干触れることにしたい。

3. 隣接制度との関係

(1) 弁護士法との関係

2で見た学説では、訴訟信託の制度趣旨として、民事訴訟法や弁護士
法の適用の回避を防ぐ目的があると主張されているけれども、とりわけ
弁護士法においては、訴訟信託は財産権の移転が成立要素の1つである
から、弁護士法73条との関係においてより類似点を見出すことができる。
判例においても、弁護士法73条の目的は、非弁護士が権利の譲渡を受け
ることにより、同法72条を潜脱するなどの事実上他人に代わって訴訟活
動を行うことによって生じる弊害を防止し、国民の利益を保護すること
にあるとされている(東京高裁平成3年6月27日判決(判例時報1396号
60頁))。

ところで、弁護士法との関係については、すでに堀野論文や岡論文で
検討がされてはいるけれども⁽²⁷⁾、ここでは訴訟信託禁止の規定との関係
や両者の相違を明確にすることを目的に、弁護士法73条および同法28
条について、簡単に触れておきたい。

「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」2条(現行弁護士法73条)と旧法11条の適用の対象や範囲は、訴訟行為を対象とするところや、権利の移転の存在等、両法には重なる部分が見受けられる。この点、現行弁護士法73条と現行法10条との関係も同様である。しかしながら、弁護士法73条の違反は刑罰に処せられることから、その適用にあたっては、正当業務行為(最高裁平成14年1月22日判決(民集56巻1号123頁))の認否や違法性の判断に対して、厳格性が問われるのであり、「業とする」の解釈においても、必然的に厳格性が求められることになるといえよう(なお、譲り受けた権利による実行行為の回数は問わないとするものとして、福岡高裁昭和28年3月30日判決(高刑特報26号9頁)がある。)。これに対して、訴訟信託においては、「業」に関する文言はなく、また受託者によって信託財産の事務処理がなされることから、その事務処理に基づき生じる付随的な訴訟行為は、受託者の義務として、当然信託目的の遂行上認められることになる。

現行法10条では、「訴訟行為」の解釈については、議論の存するところであるけれども、弁護士法73条は「訴訟、調停、和解その他の手段」と規定し(債権の譲り受け以前に、譲渡人に債権を有し、その弁済に代えて債権を譲り受けた譲受人が、裁判所に支払命令を申請したケースでも、73条違反となる(最高裁昭和33年4月24日判決(刑集12巻6号1132頁))、裁判所に申し立てる権利の行使のみならず、私的な手段による方法や紛争を誘発するおそれがなくとも、当該規定の違反になる場合があると解されている⁽²⁸⁾)。

旧法11条と弁護士法73条との適用要件の違いを判断したケースでは、以下のような適用基準の根拠をあげている。すなわち、主たる目的による訴訟行為によって得た利益の帰属者が受託者である場合は、旧法11条の適用は認められないけれども、弁護士法73条には違反することになると判断する(浦和地裁昭和27年9月24日判決(下民集3巻9号1279頁))。これは、受託者が単独で利益帰属主体となることを、信託法が認めてい

ない理由による。したがって、債権の譲受人が収益を上げる目的で、債権を譲り受け取立行為を行うことは、弁護士法73条違反になる（東京高裁平成20年10月29日判決（TKC / 25471897））。

他方で、弁護士法73条違反の効果によって、私法上の効力も無効となるのかという問題について、判例は分かれていたが、近年では、同法73条が公益を目的とする規定であることを根拠に、私法上の効力を無効と判断する傾向にあるようである（東京簡裁平成24年10月24日判決（TKC / 25445561））、東京地裁平成26年11月19日判決（TKC / 25522719））。なお、弁護士法73条および同法28条の趣旨に抵触し、かつ廃止前の弁護士倫理26条2号の趣旨に反するおそれが高く看過しがたい行為がある場合、債権の譲渡行為は、公序良俗に反し無効になるとするものもある（東京地裁平成17年3月15日判決（判例時報1913号91頁））。

弁護士法73条に関連して、弁護士および弁護士法人を対象とする同法28条は⁽²⁹⁾、弁護士および弁護士法人が係争権利を譲り受けることを禁止する規定であり、それらによる権利の譲り受けそのものを禁止する。これとは異なり、訴訟信託では、適用主体について何ら制限を付しておらず、弁護士や弁護士法人もまた対象となることから、それとの関係性が問題となろう。同法28条の趣旨は、弁護士の不当な利益享受により、職務の正義、廉潔、公正などが害されることおよび譲り受けた権利による濫訴を未然に防ぐことにあるとされる⁽³⁰⁾。同条は、有償もしくは無償を問わず、信託等の形式による譲受行為を対象とする。この点は、同法73条も同様であるけれども、両条の異なる点としては、同法28条は弁護士もしくは弁護士法人に係争権利の譲り受けによる利益の帰属が認められることが要件とされる一方、同法73条は弁護士もしくは弁護士法人や係争権利といった範囲に限らず、またその権利の実行が利益を目的とすることを問わないとされる点にある（「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」2条の関する判例ではあるが、大審院昭和15年5月23日判決（法律学説判例評論30巻諸法25頁））。したがって、判例では、上記浦和地裁

昭和27年9月24日判決における現行法10条と弁護士法73条との適用要素と、弁護士法28条と同法73条との競合する場面での適用要素に違いがあることが指摘できよう。

また、弁護士法28条は、「係争権利」の範囲については、判例および学説は制限説と非制限説に見解が分かれているけれども⁽³¹⁾、弁護士等が代理人として他人の係争権利を譲り受けることは認められているが、学説では、係争に至らない段階での「譲り受け」では、それが将来業としてなされる訴訟による権利実行を予定している場合には、同法73条の適用がなされるとの主張がある⁽³²⁾。しかしながら、判例では、同法28条の趣旨に照らせば、未だ訴訟、調停その他の紛争処理機関に係争中の権利とはいえないものの、訴訟の提起や保全申立てを目的とする債権の譲渡は無効となると判断する(広島高裁平成20年10月8日判決(TKC/25463143))。なお、「係争」については、訴訟終了後係争土地を受任事件の相手方から譲り受ける行為をも含まれるとされる(東京高裁昭和49年7月18日判決(下民集25巻5～8号586頁))。

他方で、弁護士法28条違反の効果は、同法77条の適用を受けるけれども、私法上の効力も無効となるのかという問題については、当初判例では、係争権利の譲受は強制法規に違反する行為として、私法上その効力が否定されるとする一方、当該弁護士の訴訟受任行為までを禁止し、またはその受任行為を直ちに無効とする理由はないとする判断であったが(東京高裁昭和32年8月24日判決(判時133号20頁))、その後の判例により、同法28条違反があっても、公序良俗違反が認められないのであれば、私法上の効力は否定されることはないと判断するに至った(最高裁昭和49年11月7日判決(裁判集民事113号137頁)、最高裁平成21年8月12日判決(民集63巻6号1406頁))。なお、補助参加申出においては、私法上の効力が無効となることから、本訴の結果に利害関係を有しないことになり、補助参加の要件を欠くことになるという(大阪地裁昭和43年5月31日判決(判タ227号195頁))。

弁護士法73条は、訴訟信託禁止の規定と関連する制度として、訴訟信託禁止の制度趣旨の議論や判決の中で取り上げられるのであるけれども、その内容については弁護士もしくは弁護士法人といったように対象の範囲が限定されておらず、また権利の移転の存在という点で訴訟信託と類似する。しかし、適用要件や効果の部分において相違する部分も見られる。とりわけ、弁護士法73条と現行法10条との違いは、利益享受主体に関して、前者では権利の譲受人であるのに対して、後者ではそれが委託者および受託者もしくは第三者になるという点に見られる。すなわち、前者は利益享受を目的として、紛争介入の手段となる弁護士のみならず、非弁護士による権利譲受の禁止を目的とする規定であるのに対して、後者は信託の法形式であるから、委託者による受託者への財産の移転によって、受託者に訴訟行為をなさせる一方、利益享受をする受益者は、委託者または委託者と受託者もしくは第三者ということになる。したがって、そこには信託という形で権利を移転した委託者が、設定された信託の中に受益者として残存する場合（自益信託型と受託者と共に受益者となる型）と、そうではなく第三者に利益を享受させる場合（他益信託型）、といった訴訟信託の形を見ることができるのであり、ここに弁護士法における利益享受主体による違いを見ることができよう。しかしながら、こうした両者の明確な区分に基づいて、議論が展開されることは少ないように思われる⁽³³⁾。

また、現行法10条の「訴訟行為」の範囲については、解釈上議論の分かれるところであり、加えて同条違反によって信託行為そのものが無効になるのかという点についても、近年では訴訟信託に関する行為のみを無効にするとする見解が現れている一方、弁護士法では、その73条で「訴訟、調停、和解その他の手段」と定められ、そこでは紛争に関する行為を違反行為と見ており、近年裁判所は私法上の効力を無効とする判断を下している。

他方で、弁護士法28条と訴訟信託禁止の規定との関係性については、

学説ではほとんど取り上げられてはいない。同法28条は、同法73条とは異なり、弁護士による不当な利益享受を禁止するのであり、その利益の享受に不当性があるのか否かを判断する基準を、弁護士の職務に求められる正義、公正等といった倫理性に求められているといえることができる。しかしながら、同法28条の違反における私法上の効力についていえば、その権利の譲受行為は公序良俗違反に基づき無効になると解されている。言い換えれば、そこでの弁護士の受任行為は、公序良俗に違反しないのであれば、有効になるといえよう。このように、同法28条における権利の譲受の判断を公序良俗に求める基準は、信託を利用した訴訟行為が主たる目的によってなされたの否かについて、反公序良俗性により判断する見解と類似するのであり、また訴訟信託による無効とされた訴訟行為の影響が、信託行為そのものに及び得るのかという問題についても、同法28条の解釈は参考となろう。

(2) 民事訴訟法との関係

上で見たように、民事訴訟法上の弁護士代理の原則は、学説上訴訟信託禁止の制度趣旨の要素をなしている。この弁護士代理の原則は、本人訴訟を原則とする民事訴訟法において、任意代理人により訴訟をする場合には、弁護士でなければならないという趣旨のものである。すなわち、訴訟行為を行い得るのは、係争上の利益主体である当事者本人もしくは代理人である弁護士に限定されることをいう。これに違反すると、弁護士法72条の適用のみならず、民法上では無権代理人の行為と解される一方、裁判所により排斥されるということにもなる⁽³⁴⁾。なお、この場合、本人が弁護士でないことを知っていて依頼することが前提とされよう。

したがって、信託の形式により訴訟を主たる目的として訴訟行為を行う者は、権利帰属者となる本人として訴訟を進行することになるから、この原則を回避することが可能になる。これは、上で展開された学説における訴訟信託の制度趣旨の根拠の1つとしてあげられているけれど

も、他方で訴訟当事者本人の承認により、権利義務主体の帰属主体以外による第三者の訴訟追行が許容されるものを任意的訴訟担当といい、これは弁護士代理の原則や訴訟信託の禁止の例外といえることができる。すなわち、任意的訴訟担当とは、権利義務を有する本来の帰属主体の承認の下に、訴訟追行権を第三者に移転することで、その第三者が訴訟を担当することを許容する制度であり⁽³⁵⁾、本来の当事者適格者が、他人に自己の権利利益について、当事者として訴訟をする権能（訴訟追行権）を授与することである。しかし、安易に任意的訴訟担当を認めることは、弁護士代理の原則や現行法10条を潜脱するおそれがあるため、そこには慎重な判断が求められるのであり、明確で合理的な判断基準が必要となる。

これを踏まえて、以下では、任意的訴訟担当の適否が争われたいくつかの主な判例を見ることで、任意的訴訟担当と訴訟信託の関係性を分析したい。

古くは、①大審院昭和11年1月14日判決（民集15巻1頁）が、講の会主、講元、世話人と講員の間に直接の権利関係が存し、発起総会において全講員より、講金の取立その他の講務一切の処理権限が与えられているのであれば、訴訟物たる権利関係について、会主等に自己の名でこの権利関係を処分し得る管理権が与えられていると見得るから、裁判上裁判外の管理権の行使は可能であると判断する。同様に、②大審院昭和11年12月1日判決（民集15巻2126頁）は、前掲昭和11年1月14日判決を根拠に、頼母子講の総代が講務の権原を有する場合、その者は講務一切の管理権者として、訴訟当事者たる適格を有すると判断する。

その後、③広島高裁昭和28年10月26日判決（高裁民集6巻12号778頁）は、組合員が労働組合に対して、固有の権利につき訴訟をなす権能を付与した場合、労働組合は組合員に代わって自己の名により、当該権利に基づき、使用者に対し訴訟を遂行することができるけれども、この場合組合員は組合に対して、その権利自体を信託譲渡するのではなく、当該権利につき訴訟を追行する権能のみを組合に付与するということに

なるから、旧法11条に違反するものではなく、のみならず弁護士代理の原則の回避を禁止することを目的とする同法条の精神に違反するものではないと判断する。そして、その認容基準を、弁護士代理の原則および旧法11条の精神に反せず、かつ必要のある場合にはこれを認めても差し支えないとする。

しかし、④最高裁昭和37年7月13日判決(民集16巻1516頁)では、民法上の組合の清算人は、組合員の選定当事者として当事者適格を有するが、組合員から任意的訴訟信託を受け、自己の名で訴訟を担当することは許されないと判断されたけれども、その後の大法廷判決である、⑤最高裁(大)昭和45年11月11日判決(民集24巻12号1854頁)は、民法上の組合において、組合規約に基づいて、業務執行組合員に自己の名で組合財産を管理し、組合財産に関する訴訟を進行する権限が授与された場合には、単に訴訟進行権のみが授与されたものではなく、実体上の管理権、対外的業務執行権とともに訴訟進行権が授与されたものであるから、業務執行組合員に対する組合員のこのような任意的訴訟信託(担当)は、弁護士代理の原則を回避し、または旧法11条の制限を潜脱するものとはいえず、特段の事情のないかぎり、合理的必要性を欠くものとはいえないのであって、民訴法47条(現行民訴法30条)による選定手続によらなくても、これを許容して妨げないと判断するに至り、判例の変更を行った。

その後の下級審である、⑥東京高裁昭和52年4月13日判決(判時857号79頁)は、総会において、土地の分割という組合結成の目的を達成するため(権利能力なく社団と認定される)、その組合名において訴訟行為をなしうるものとしたことは認められる一方、当該組合が当事者適格を有することの根拠として、組合加入の共有者による管理権の信託的譲渡を主張するが、それは管理についての代理権付与であるから、当事者適格を肯定することはできないけれども、この主張は訴訟進行権を有することの説明としてなしたものであり、総会において訴訟進行権が付与されたのであるから、当事者適格が認められる。これは任意的訴訟担当権

の付与であり、弁護士代理の原則を回避し、旧法11条の制限を潜脱するものということではできないので、訴訟担当権の付与は、これを許容して妨げないと判断する。また、⑦札幌地裁平成16年12月21日判決(TKC／28100200)は、賃貸借契約解除に伴う敷金および保証金の請求権を持つ者が、その請求権について銀行に質権を設定したのであるけれども、本来その者は請求債権の実体上の債権者であって、実体法上有している取立権を、質権の設定により制限を受けているにすぎず、質権者から取立権を受任し、自己の名においてその取立てのための訴訟、追行をして、現行民訴法54条1項本文、旧法11条による前記制限を回避、潜脱することがないことは明らかである。銀行が別除権協定により、本訴各請求権の取立てを債権者に委ねたのは、全国の業者に対し同種の質権等を多数有すると考えられる同銀行が、取立事務の負担の軽減するためであると推認され、任意的訴訟担当についてはこれを認める合理的な必要性があるというべきであり、法定訴訟担当者である質権者からその訴訟追行権を受任した場合であっても、何ら異なることはないと判断する。

さて、任意的訴訟担当に関する判例として、まず①②は講に関連する判例である。なお、講に関する判例の動向においては、講の法的性質が統一的なものではなく、事案ごとに判断されるという傾向にあり、判例の中にはある部分的な関係では、信託関係を認めるケースも存在する(旧法制定前のものであるが、大審院大正5年11月22日判決(民録22巻2282頁))。したがって、講については、取立などの一切の権原を与えられた講長が、自己の名で取り立てを行う訴えを提起するケースでは、信託法上の信託とは判断しておらず⁽³⁶⁾、そこでは任意的訴訟担当の適否が問題とされる。

その他の判例として、③は労働組合に関連するものであり、④⑤⑥は民法上の組合に関連するもの、⑦は実体上の債権者(質権設定者)に関連するものである。

上の判例を通して、任意的訴訟担当においては、訴訟信託禁止の適否が、その認否を左右する判断材料となるのであり、任意的訴訟担当の要件としての機能を営んでいるといえる。言い換えれば、訴訟信託は任意的訴訟担当の許容性の範囲を制限する働きがあつて、任意的訴訟担当の判断する際の基準になる性質を有するのであり、そこに両制度の関係を見ることができるのである。この点、③では、無制限に任意的訴訟担当を認めることはできないが、絶対的に禁止されているものと解する必要はないとし、弁護士代理の原則および訴訟信託を禁止する信託法の問題に抵触しない限り、必要のある場合にはこれを認めても差支えないと判示している。また、学説においても、任意的訴訟担当と訴訟信託は法的な構成において同じものとはいえないけれども、任意的訴訟担当の認否を考える場合には、信託法の趣旨をも勘案する必要があるとされる⁽³⁷⁾。

訴訟信託禁止の制度は、司法機関の運営を明朗化する目的があるから、その目的からすると、任意的訴訟担当の担当者が、被担当者の訴訟に補助参加する場合に、そこに合理性が認められるならば、任意的訴訟担当が許容されるべきであるとの見解がある⁽³⁸⁾。この主張に従うと、任意的訴訟担当制度は、司法機関の運営の明朗化(訴訟信託禁止および弁護士代理の原則)と、合理性が認められると、許容されるということになる。そうすると、任意的訴訟担当が認められる要件については、まず、訴訟信託禁止の潜脱がないこと、および弁護士代理の原則の回避がないことがあげられる。つぎに、合理的必要性が求められるけれども、上の①②③⑤⑥では被担当者が多数であることから、担当者の訴訟行為により、その者らの権利の実現に便宜性が認められるという点に合理性が認められており、また⑦では、担当者による権利の実現が本来の任務であり、加えて被担当者による権利の実現が困難である点に合理性が認められているといえよう。

ところで、任意的訴訟担当と訴訟信託の内部的な構造について比較して見ると、任意的訴訟担当では訴訟追行権等の移転の存在が不可欠な要

素であるけれども、訴訟信託においても受託者に財産を移転し、訴訟行為をなさせるわけであるから、受託者には財産に関する権利のみならず、訴訟行為等に関する授權の存在が認められ得る。そうすると、任意的訴訟担当者と信託法上の受託者の共通点は、任意的訴訟担当者あるいは受託者の名義による訴訟行為等の追行のみならず、訴訟追行権の授權が認められるところに共通点が見出せよう⁽³⁹⁾。しかし、訴訟信託においては、それが「主たる目的」である場合は禁止されるのであるから、この点から訴訟目的である訴訟追行権の授權を要する任意的訴訟担当とは異なる制度であるといえる。

他方で、両者の違いは、①②③⑤⑥（なお、⑦は債権を前提とする）で見られるように、任意的訴訟担当の認定要素には、実体法上の権利は本人が留保するとしながら、被担当者から担当者に対する財産に関しての実体法上の管理権の移転の存在と、担当者に対する訴訟追行権の授權行為の存在を要求している。これに対して、訴訟信託では財産の移転によって、受託者が信託財産の管理を行うのであるから、本来信託における委託者は、信託設定後は何ら信託財産に対して権利を有しないゆえに、財産上の事務処理は受託者が行うことになる。したがって、訴訟行為も受託者により行われることになる。しかしながら、任意的訴訟担当では担当者に対する財産についての実体法上の管理権の移転がある一方、信託でも財産の移転に伴い受託者には、信託財産に対して管理行為に必要な権能が生じる場合があるのであるから（この点、学説では、受託者の完全権を否定し、管理権と構成する見解もある）⁽⁴⁰⁾、訴訟行為が訴訟追行権に基づくものではなく、実体法上の管理権に基づく行為と構成し得るのであれば、この点にも両制度には類似性があるといえなくもない⁽⁴¹⁾。

ここでは、任意的訴訟担当制度と訴訟信託との関係を若干であるが見た。任意的訴訟担当では訴訟追行権の授權行為が必要であるところ、訴訟信託では受託者は財産上の権利を取得するのであり、訴訟行為の権能については、管理行為の一部という見方となるのであって、それが「主

たる目的」として行われる場合には、無効として取り扱われることになる。そうすると、両制度の法的構成は異なるのであるから、両者を同じ範疇で論じることができないと見受けられるけれども、現状は任意的訴訟担当の認否を判断する場合には、現行法10条を判断基準の要素に置いているのである。

- (1) 寺本昌広「新しい信託法の概要」ジュリスト1335号2頁。
- (2) 現行法10条は、旧法11条の趣旨を維持している(寺本昌広・逐条解説新しい信託法(2007年)54頁以下、別冊NBL編集部編・信託法改正要綱試案と解説104号22頁)。

なお、日本法と同様に訴訟信託制度を有する国には、以下のものがある。すなわち、韓国信託法では、その7条において、「受託者をして訴訟行為をなすことを主たる目的とする信託は無効とする」と定め、そこでは制度趣旨等、日本法と同様の議論の展開を見ることができる(中野正俊監訳/日本信託銀行信託法研究会訳:享龍・韓国信託法概論(1992年)86頁以下)。

また、台湾信託法では、その5条で、「信託行為が、次の各号に掲げる事項に該当する場合は無効とする。」と定め、「1.その目的が、強行規定又は禁止規定に違反する場合。2.その目的が、公共の秩序又は善良な風俗に違反する場合。3.訴願又は訴訟を行うことを主な目的とする場合。4.法令で、特定の財産権の譲り受けが禁止されている者を、その財産権の受益者とする場合。」と規定している(崑山文三「台湾信託法」信託186号84頁以下)。なお、本条3号には、訴訟信託に関する規定を定めるけれども、1号では強行規定および禁止規定に反する行為、また2号は公共の秩序又は善良な風俗に違反する行為を定めているため、解釈上訴訟信託の適否について、如何なる判断基準によるのか、やや疑問が生じよう。

中国信託法では、11条で、「信託は、下記の場合に該当すれば無効である。」と定め、「(1) 信託目的が法律、行政法規に違反又は社会的公共の利益を損なう場合 (2) 信託財産が確定できない場合 (3) 委託者が適法でない財産又は本法により信託を設定できない財産を用いて信託を設定する場合 (4) 訴訟又は債権の取立を主たる目的とする場合 (5) 受益者又は受益者の範囲が確定できない場合 (6) 法律、行政法規に規定するその他の場合」と規定する(中野正俊＝富田仁編「中華人民共和国信託法改正提案(一)」亜細亜法学42巻1号140頁)。本条(1)において、行政法規違反、社会的公共の利益を損なう行為の禁止を定めていることから、訴訟信託の適否の判断基準において、台湾法と同様の疑問が生じよう。また、(4)では、訴訟信託と債権の取立行為を主たる目的とする信託の禁止を定めるけれども、これは日本では業務として行われている金銭債権の信託を、中国では認めないということなのか、それとも、不当な借金等の取立行為を主たる目的とした信託のみを想定しているのか、少なからず問題のある規定であると思われる。

他方、英米法では、訴訟援助(Maintenance and Champerty)の制度がある。これは、善意ではなく、投機的な訴訟を奨励することになる理由で不法契約だとされる(谷口知平・英米契約法原理(1933年)243頁。)。したがって、これらを目的とする訴訟行為は、Public policy(公序良俗)により無効になるとされる(田中英夫編代・英米法辞典(1997年)135頁、535頁)。この制度につき、田中和夫・英米私法概論(1954年)392頁以下では、以下のように説明する。すなわち、Maintenanceは、訴訟幫助をいい、当該訴訟について利害関係がないにもかかわらず、正当な理由なく、金銭の供与等の方法で援助を与え、権利の妨害をする合意であり、他人の民事訴訟の提起・続行・又は防御を助け、相手方に損害を生じさせた場合、不法行為が成立する制度である。その免責事由としては、弁護士としての職務上の援助であるとき。但しその限度を超えてはならない。また、訴訟に成功した場合に謝金を受取る約束で、訴訟を引受けるときは、以下のような成功謝金付訴訟幫助となる。①貧民救済のため等、真に事前の動機によるとき、②その訴訟の結果について被幫助者と共通の法律上の利益を有するとき、単に感情上の利益を有するに過ぎないときは、抗弁とならない、③被幫助者との間に血族又は姻族の関係があるとき、⑤被幫助者の主人又は使用人であるとき、である。Champertyは、利益配

分型約束付きの訴訟肩替りといい、正当な理由なく、訴訟を肩代わりし、自らの費用で訴訟を迫行し、勝訴の際には係争物に対する権利を取得する合意である。慈善の動機をもってした場合でも、抗弁にならないとされる。

- (3) 四宮和夫・信託法〔新版〕(1989年)12頁以下。
- (4) 山田昭・信託立法過程の研究(1981年)121頁。大正7年11月1日の信託法案9条では、「何人ト雖法令ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外他人ヲシテ自己又ハ第三者ニ代リテ訴訟行為ヲ為サシムル為財産ノ信託ヲ為スコトヲ得ス」と定められ、大正8年8月16日の法案16条では、「何人ト雖他人ヲシテ自己又ハ第三者ニ代リテ訴訟行為ヲ為サシムル目的ヲ以テ財産ノ信託ヲ為スコトヲ得ス」と規定され、「法令ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外」という文言が削除された。その後、大正8年12月9日の法案および大正11年2月22日の法案では、「信託ハ訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ為スコトヲ得ス」と定められ、これが旧法に取り入れられることになった。なお、主な変更点としては、「主タル目的」という点であり、これは受託者による信託の事務処理から生じる訴訟行為の場合を想定して変更したものと看取できる。
- (5) 山田・前掲書122頁以下。
- (6) 麻島昭一・日本信託業発展史(1969年)35頁以下。
- (7) なお、判例では、訴訟信託の制度趣旨について、自ら訴訟をする場合に對抗されるべき抗弁を回避する行為を防止するにある、とするものがある(山形地裁昭和5年11月17日判決(法律新聞3288号9頁)、東京高裁昭和30年8月3日判決(下民集6巻8号1561頁))。
- (8) 山田昭・信託法・信託業法〔大正11年〕日本立法資料全集2(1991年)229頁。
- (9) なお、民事訴訟法127条(明治23年)は、「裁判所ハ裁判所ニ於テ弁論ヲ業トスル訴訟代理人若クハ輔佐人ヲ退斥セシムルコトヲ得此場合ニ於テハ新期日ヲ定メ且退斥ノ決定ヲ原告若クハ被告ニ送達ス可シ ②裁判所ハ裁判所ニ於テ弁論ヲ業トスル訴訟代理人若クハ補佐人ヲ退斥セシムルコトヲ得此場合ニ於テハ新期日ヲ定メ且退斥ノ決定ヲ原告若クハ被告ニ送達ス可シ ③本條ノ規定ニ從ヒ為シタル命令ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス ④弁護士ニハ本條ノ規定ヲ適用セス」と、規定されていた。
- (10) 遊佐慶夫・信託法制評論(1924年)47頁。同旨、新堂幸司・新民事訴訟

法(第5版)(2011年)298頁。また、我妻栄・新訂債権総論(1964年)551頁では、旧法11条の趣旨を、「いわゆる三百代言の横行による濫訴の弊を防ごうとするもの」であると位置づけられる。なお、三百代言については、岡仲浩「訴訟信託禁止の制度趣旨再考(2)」慶応法学22号115頁以下参照。

- (11) 青木徹二・信託法論全(1926年)75頁以下。同旨、細矢祐治・信託経済概論(1926年)99頁以下では、「信託は訴訟行為を為さしむるを主たる目的として之を為すことを得ない(信託法第十一條)斯の如き信託を許すときは徒に建(原文ママ)訴の弊を誘起するのみならず、旧民事訴訟法百二十七條に依り裁判所は弁護士以外裁判所に於て弁論を業とする訴訟代理人若しくは輔佐人を退斥せしむる事を得るの規定を潜脱せしむるに至るを以て信託法は斯の如き目的を以てする信託を無効としたのである。」と説かれる。濱田徳海・信託法の新研究(1927年)102頁以下も、「民事訴訟法に於て、裁判所で訴訟代理人となる者に関しては相当の制限を附して居るから(民訴一二七條)、若し訴訟行為を目的とする信託を許すなら、受託者だと云って事実上民事訴訟法を潜って、誰れでも裁判上訴訟代理人と代り且つ好んで訴訟を提起する様な氣運を助長し易いからである」と述べられる。
- (12) 三淵忠彦・信託法通釈(1926年)84頁。同旨、栗栖越夫・信託法綱論(1939年)146頁以下は、「民事訴訟法は特別の事情ある場合を除くの外(民事訴訟法第六三條第二項及第三項、第七一條)、弁護士にあらざる者に訴訟事務の取扱を為さしめざる趣旨なり(同法第六三條第一項、第一二七條)。然るに此の禁止の趣旨は信託の形式を通して潜脱せらるる虞あるを以て、信託法は特に第十一條を設けて之を防止したるものとす。」と説明される。また、同様に、上田啓次・信託制度とその利用(1956年)17頁以下では、「訴訟行為を為さしむることを主たる目的として信託を為すことは、諸種の弊害があるから禁止される(法一條、弁護士法73條)。」と述べられる。
- (13) 入江真太郎・信託法原論(1933年)218頁以下。同旨、呉文炳・信託論(1937)48頁以下は、「信託を利用して訴訟当事者となって裁判所に受託者が出廷する為め訴訟の弊害を生ずる以外に裁判所に於て弁論を為すことを業とするもの、出廷を禁ずることを得る民事訴訟法の規定を避脱する結果を生ずるからである(民事訴訟法七九條)。」と主張される。また、黒田豊次・信託法講義要綱(1977年)60頁以下は、「この種の信託を利用して、第三者が受託者となり、また訴訟当事者となって、裁判所に出頭するので濫訴のおそれがあり、また、弁護士代理の原則(民訴七九條一項)を回避する

結果を招来することに基づくのである。」と説かれる。

なお、民事訴訟法79条(大正15年)は、「法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人ノ外弁護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得ス但シ簡易裁判所ニ於テハ許可ヲ得テ弁護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人ト為スコトヲ得 前項ノ許可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得」と定める。なお、訴訟信託に関連する民事訴訟法の沿革については、岡伸浩「訴訟信託禁止の制度趣旨再考(4)」慶応法学25号94頁以下参照。

- (14) 岡「前掲論文」慶応法学25号99頁以下。
- (15) 岩田新・信託法新論(1934年)145頁。
- (16) 永井壽吉「日本信託法要義(四)」信託集会所会報16巻6号43頁以下。

「法律事務取扱ノ取締に関する法律」(昭和8年5月1日法律第54号)は、現行弁護士法72・74条に引き継がれている。非弁護士の活動に対する取締規定については、明治期および大正期の弁護士法改正案に盛り込まれ、帝国議会に何度か提出、提案がなされるも、審議未了等に終わっていた。昭和に入り、弁護士改正に伴う司法省案は、非弁護士の存在を許容する立場のものであったけれども、弁護士および非弁護士による反対や、非弁護士の社会における需要等から、議会に提出されず、同様に1930年(昭和5年)の司法省案(司法大臣の認可を条件として、非弁護士は法律施行後5年間は活動を認められる)では、弁護士および非弁護士による反対にあり頓挫したという事情がある。そこでの特徴は、弁護士法と非弁護士の活動に対する取締規定、すなわち「法律事務取扱ノ取締に関する法律」とを分離した点である。こうした紆余曲折を経て、1932年(昭和8年)に、「法律事務取扱ノ取締に関する法律」が成立に至った。この成立に至る理由には、非弁護士に対して施行まで3年間という猶予期間を与えることが承認を得られるポイントであったとされる(日本弁護士連合会調査室編・条解弁護士法[第4版](2007年)601頁以下、福原忠男・〈特別法コンメンタール〉弁護士法(増補版)(1990年)276頁以下)。

なお、「法律事務取扱ノ取締に関する法律」について、1条は「弁護士ニ非ザル者ハ報酬ヲ得ル目的ヲ以テ他人間ノ訴訟事件ニ関シ鑑定、代理、仲裁若ハ和解ヲ為シ又ハ此等ノ周旋ヲ為スヲ業トスルコトヲ得ズ但シ正當ノ業務ニ付随シテ為ス場合ハ此ノ限ニ非ズ」、2条は「何人ヲ問ハズ他人ノ権利ヲ譲受ケ訴訟其ノ他ノ手段ニ依リ其ノ権利ノ実行ヲ為スコトヲ業トスルコトヲ得ズ」、3条は「弁護士ニ非ザル者ハ利益ヲ得ル目的ヲ以テ弁

護士、法律事務所其ノ他之ニ類似スル名称ヲ使用スルコトヲ得ズ」、4条「第1条又ハ第2条ノ規定ニ違反シタル者ハ一年以下ノ禁固又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス弁護士此等ノ者ヨリ事件ノ周旋ヲ受ケタルトキ亦同ジ第三条ノ規定ニ違反シタル者ハ千円以下ノ罰金ニ処ス」と定める。

- (17) 福原・前掲書299頁以下。
- (18) 大阪谷公雄・総合判例研究叢書民法(22)(1963年)168頁以下、同・「訴訟信託の抗弁」民商法雑誌2巻1号60頁以下(信託法の研究(上)理論編(1991年)316頁以下所収)。同旨、吉川義春「最判昭和44年3月27日判決(判評)」民商法雑誌62巻1号115頁。
- (19) 大阪谷「前掲論文」63頁以下。
- (20) 田中実「訴訟信託について一戦後の判例を中心に」法学研究32巻4号2頁以下。同旨、神田秀樹＝折原誠・信託法講義〔第2版〕(2019年)45頁、岡伸浩「訴訟信託の禁止に関する考察」新井＝神田＝木南編・信託法制の展望(2011年)470頁以下。なお、新井誠・信託法〔第4版〕(2014年)179頁以下では、⑧を近時の通説的見解と見る。また、道垣内弘人・信託法(2017年)50頁は、「禁止されるべき訴訟信託は、民法90条の適用によっても無効になることが多く、結局、信託法10条は公序則の具体化である」と述べられる。
谷口安平・口述民事訴訟法(1987年)261頁では、弁護士代理の原則と訴訟信託の違いとして、他人に訴訟を依頼し、その他人が弁護士に訴訟を依頼した場合は、弁護士代理の原則に反しないが、現行法10条には違反すると指摘し、同条は弁護士の訴訟行為をも包含すると解される。
- (21) 田辺光政「訴訟信託禁止の意義をめぐる学説—手形譲渡と訴訟信託の抗弁の序説—」河本＝川又＝瀧田＝森本編・商事法の解釈と展望(1984年)479頁。
- (22) 大阪谷・前掲書183頁以下。
- (23) 桜田勝義「判例にあらわれた訴訟信託(その四・完)」判例評論108号100頁以下。
- (24) 四宮・前掲書144頁以下、同・信託の研究(1965年)253頁以下。なお、松本崇執筆「信託法」松本＝西内著・信託法信託業法兼営法＜特別法コンメンタール＞(1972年)87頁では、訴訟信託の制度趣旨について、「訴訟信託をなしえない他人の権利について、信託の形式を利用して訴訟を行ない、不当な利益を得るという脱法行為としての信託を禁じたものであつ

て、一〇条に定める信託による脱法行為の禁止の原則を、広義の訴訟全般につき論及したもの」と解されており、四宮説に類似する。

- (25) 堀野出「訴訟信託禁止規定と隣接諸制度」加藤＝本間＝高田編・現代民事手続の法理(2017年)97頁。
 - (26) 三ヶ月章・民事訴訟法(補正版)(1981年)240頁および同「最判昭和36年3月14日判決(判評)」法学協会雑誌80巻1号130頁以下では、訴訟信託禁止の規定は濫訴健訟が好ましくないといって、訴訟による権利行使を嫌悪しがちであった大正時代の思想を背景として立法されたものであり、現在の法観念と大きく異なると指摘し、払拭されるべきであると主張される。
 - (27) 堀野「前掲論文」81頁以下、岡「前掲論文(1)～(4)未完」慶応法学21号29頁以下、22号111頁以下、23号67頁以下、25号93頁以下。
 - (28) 日本弁護士連合会調査室編著・前掲書642頁。
 - (29) 弁護士法28条の沿革については、以下の通りである。明治9年公布の代言人規則14条5号は、「他人ノ貸借取引等ノ詞訟ヲ買取り自己ノ利ヲ図ル者」と規定し、「右ノ如キ者ハ其輕重ヲ量リ裁判官直ニ之ヲ罰スル得其罰目左ノ如シ」とし、「一 譴責 二 停業(一月以上一年以下) 三 除名(三年ヲ経ル後ニ非サレハ復ヒ代言人タルヲ許サス)」と定める。これを改正した明治13年公布の代言人規則22条6号は、「他人の詞訟ヲ買取り自己ノ利ヲ図ル者」と定め、同規則23条で「懲戒ノ目次左ノ如シ 一 譴責 二 停職 三 除名」と規定する。これを引き継いだ明治26年公布の弁護士法15条は、「弁護士ハ係争權利ヲ買受クルコトヲ得ス」と定め、その違反につき同法33条は、「懲戒罰ハ左ノ四種トス 第一 譴責 第二 百円以下の過料 三 一年以下の停職 四 除名」と規定する。その後昭和8年公布の弁護士法25条では「弁護士ハ係争權利ヲ讓受クルコトヲ得ズ」とし、懲戒の規定として同法55条では、「懲戒ハ左ノ四種トス 一 譴責 二 千円以下の過料 三 一年以下の停職 四 除名」と定める。
- 昭和24年公布の現行弁護士法28条は「弁護士は、係争権利を譲り受けることができない。」と規定し、同法57条では「弁護士に対する懲戒は、次の四種とする。 一 戒告 二 二年以内の業務の停止 三 退去命令 四 除名 2 弁護士法人に対する懲戒は次の四種とする。 一 戒告 二 二年以内の弁護士法人の業務の停止又はその法律事務所の業務の停止 三 退去命令(当該弁護士会の地域内に従たる法律事務所のみを有す

る弁護士法人に対するものに限る。) 四 除名(当該弁護士会の地域内に主たる法律事務所を有する弁護士法人に対するものに限る。)」とするけれども、同法77条は「次の各号いずれかに該当する者は、二年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。」とし、その2号で「第二十八条(第三十の二十一において準用する場合を含む。)の規定に違反した者」と定められている。このように、代言人規則から旧弁護士法成立までは、違反者に対しては懲戒のみの処分であったけれども、現行法では旧弁護士法と比較し、条文内容は変わっていないにもかかわらず、懲戒のみならず、刑罰をも科せられるに至る。

- (30) 高中正彦・弁護士法解説(2012年)142頁。
- (31) 同旨、日本弁護士連合会調査室編著・前掲書227頁以下、高中・前掲書142頁以下参照。なお、「係争権利」の「権利」については、債権以外に、判例では、調停事件として係属する権利(足立簡裁昭和35年1月16日判決(民集11巻1号40頁))、競売手続実行中の抵当権付債権(最高裁昭和37年2月21日判決(刑集16巻2号162頁))、権利譲渡の予約または条件付譲渡(最高裁昭和49年11月7日判決(最高裁判所裁判集民事113号137頁))、訴訟終了後の係争土地の所有権(東京高裁昭和49年7月18日判決(判時756号74頁))、特許権(東京高裁平成17年10月13日判決(TKC/28131889))、などがある。
- (32) 福原・前掲書152頁。同旨、日本弁護士連合会調査室編著・前掲書640頁。なお、足立簡裁昭和35年1月16日判決(下民集11巻1号40頁)は、将来係争を予想して権利を譲り受ける場合は、弁護士の品位を失うべき非行として同法の他の法条の適用を受けるは格別、弁護士法28条の係争権利の譲受には当たらないと判断する。
- (33) 例えば、四宮・前掲信託法144頁では、弁護士法72条を訴訟信託の適用要件を考える上での判断材料として指摘する。しかし、同法72条は非弁護士が報酬を目的として、他人間の訴訟事件に代理等として加わることを禁止する規定である。そうすると、利益享受主体が非弁護士である受託者と構成することになると、本来信託法においては受託者単体での利益享受を禁じていることから、信託法上の信託と構成することができない。したがって、同法72条がそもそも訴訟信託を判断する際の材料となるかが問題となる。
- (34) 新堂・前掲書187頁。

- (35) 新堂・前掲書297頁。
- (36) 大阪谷・前掲書129頁以下。なお、大阪谷・前掲書130頁以下では、講主や惣代等が、その名義において講員に対する掛戻債権の権利者となる関係について、信託法上の信託を認めるべきことを主張される。
- (37) 三ヶ月・前掲書239頁以下。
- (38) 新堂・前掲書298頁。
- (39) 桜田「前掲論文」108号101頁。
- (40) 四宮・前掲書207頁以下。
- (41) 垣内秀介「任意的訴訟担当における授權をめぐって」高田＝山本他編・民事訴訟法の理論(2018年)217頁以下では、判例は、実体法上の権原と授權の関係には触れていないと指摘される。